

商法再論

土 井 勝 久

第一章 商法の概念

第1節 商法の対象

第2節 商法の意義

第3節 商法の法的地位

第4節 商法の基本理念と特色

第5節 商法の傾向

第6節 商法の効力

第二章 商法の法源

第1節 商法の法源の種類

第2節 商事適用法規とその適用順

(以下次号以降)

第一章 商法の概念

第1節 商法の対象

1. 経済上の商から法律上の商へ

何を学習する場合でも、その学習の目的または対象を理解することが大切である。特に、効率的な学習をするためには、この双方を十分に理解し、自分に一番有利または便利な手段を講ずる必要がある。このことは、商法を学習し理解する場合でも例外ではない。

商法とは何を規律の対象にした法律であるのかという問題は、初学者にとり、最初に遭遇する基本的な問題である。他方、この問題は商法を一通り学習し終えた時に解決するものであるから、商法学習の到達点でもある。心理学上人間の行動の効率化は、目標を知っているか、知らないかによって大差を生じることが実証されている。このことから、矛盾する解答を呈するようであるが、商法の対象を究明する作業は効率的な商法学習のためには必要不可欠な事である。

一般的に、商とは「財貨の転換流通を媒介する行為」と理解されている。つまり、経済上の商が広く理解されているのである。しかし、商法は、経済上の商(商 501 ①②)⁽¹⁾だけを規律の対象としないで、経済上の商を補助する運送(業)、両替及び銀行(業)、保険(業)および商取引の媒介を目的とする仲立・取次・代理等の営業(商 502 ④⑧⑨⑪・46)などの所謂補助商、製造加工(業)(商 502 ②)およびパチンコ、ゲームハウス、劇場、ホテル、レストランなどの場屋営業(商 502 ⑦)などを含んでいる⁽²⁾。さらに、擬制商人という概念を捻出して、農業、林業、漁業などの原始産業(商 4 II)をもその規律の対象としている。

以上のごとく、法取引の観点から生活事実を一瞥すると、経済上の商以外にも多くの規律の対象が存在している。したがって、これらを経済上の商に対し、法律上の商という。つまり、法律上の商は経済上の商に比較し、かなり広範にわたっているのである。だから、近代商法の対象は、当然に法律上の商から考察されなければならないのである。

2. 商人法から商行為法へ

商人とは、もともと中世ヨーロッパにおいて、経済上の商を追求するために王権から供与された特権的身分であった。この商人のための規則が、現在の商法の起源であると言われている。

17世紀になって、初期の特権的商人のための商法は、絶対主義社会が市民革命⁽³⁾により崩壊し、近代国家が成立することと相俟って、修正された。例えば、仏革命後のナポレオン法典(1804年)や各国の商法の母体となった仏商法典(1807年)においては「商行為を為し以て其常業とする者は商人とす」(仏商1)とし⁽⁴⁾、商人法から商行為法へと商法の本質が転換されている。

つまり、特権的商人の行為を商法の対象にするのではなく、現実の商行為とそれに関連する総ての人の生活関係が商法の対象になったのである。

3. 商法の対象を把握する為の学説

商法の対象を理解する場合、法律上の商から商行為法へといった具合に理論的及び史実上の必然性があったので、これを前提として、商行為の本質を把握する必要がある。しかも、多くの学説は、それぞれの角度からこの商行為の本質を解明し、統一的または同一範疇として把握されるべき法領域を模索し続けてきた。

(1) 発生(史的関連)説<ラスティッヒ>

商法は、財の転換と流通(中間利潤の取得行為、つまり経済的意義の商)を目的にした固有の商たる投機売買、投機売買を補助する補助商(仲立、取次、運送、保険、金融など)およびそれらと類型が同一な類型商(旅客運送、生命保険、場屋取引など)等を内容として固有の商にまつわる営業活動の総体として発展してきたものであり、商法の対象は、固有の商と補助商および類型商であるとする。

これに対し、次のような批判がある。

法律上の商を経済上の固有の商から歴史的に導いた点においては価値を有するが、歴史的発展の個別的内面的関連づけ(経過の事実関係とその真実性の実証)と各個の具体的な内容の研究とが不十分である。とくに、賃貸、出版、印刷、電気供給、原始産業および会社形態を商法に含める理由が不明である。

(2) 媒介説<ゴールド・シュミット>

法律上の商といえども、経済上の商と同様、財の媒介を目的にした営利活動である。したがって、発生説の主張を基盤に、これに法的媒介行為を加える。このことにより、仲立、代理、問屋なども商法の対象になるとする。

これに対し、次のような批判がある。

商法制定当時に比較し、媒介行為を考慮してもこれだけでは現在のように拡大した商概念を統一的に把握できない。さらに、一回限りの非商人の媒介行為に商法を適用できるのかといった別の問題も生ずる。また、本質的に媒介と言えない運送、保険、製造加工、出版、印刷などとの関係をどのように解決するのか説明が不十分である。

(3) 集団取引説<ヘック>

同種同一の行為が営利を目的にして、集団的(多量)に反復して行われることに着目し、これが商法形成上の決定的要因であるとする。

他方、商法の性格把握としては価値があるが、商法の対象の範囲を不明確にする恐れがあるとの批判がある。

(4) 実証説<竹田、松本>

わが国の商法研究の初期の学説で、商法の対象を求める場合、商行為の本質から導き出される統一的特質を否定し、立法者が商業上の必要性ないし便利性により、その内容を実証して規定し

たものが商行為であり、その集合体が商法であるとする。

つまり、商法典が商事と規定している法律事実を商法の対象とすることから、異種類の法律制度と規定の寄せ集めの性格を有するものである。

したがって、これに対し、異種類の単なる集合体としてでは、商法の対象の統一性および商法研究の独自性が否定されるとの批判がある。

(5) 商的色彩説⁽⁶⁾ 〈田中耕太郎〉

これは、実証説が支配的であった頃、商行為を統一的に把握しようとして、商的色彩という基準を考案し、商法の対象把握の方法論を発展させた意義のある学説である。

この説は、民法も商法もその対象とする法的事象は本質的には同一であると考え、そして、民事法の対象としている法的事象の中から、商的色彩（商法上の特有な技術的擬制のことであり、その内容は専門化された営利活動である投機売買から演繹〈a pri・o・ri〉される集団性と無個性ないし個性喪失を意味する）という特殊な性格を帯びる行為即ち商行為を抽出し、商法の対象を求める考え方である。

この説に対し、次のような批判がある。つまり、民法の規律する生活事実との差異は明瞭であるが、「商行為とは何か」という問題提起に対し、内容的ないし実質的でなく、表面的把握にしかすぎない。換言すれば、民法に対する商法の独自性を確立しただけで、商法の対象を実質的に明確にしたのではなく、商法の規定する商行為（商 501・502）を商的色彩という語句で統一的な法的事象であると説明しただけである。さらに、商的色彩は何も投機売買から演繹する必要がないのではないかといった疑問もある。

以上は、民法や商法の法的事象即ち生活関係に着目し、これらから商法の対象とする生活関係を求めようと試みたが、商法を総合的に把握しようとした為に、商法の内容上の特異性の解明に無理があった。

(6) 企業説 〈ヴィーラント〉

現在の通説である。経済活動の主体は、一定の計画の下で継続的に営利行為を追求する独立の経済単位である企業であると考え、そして企業の活動を対象にする法律が商法であるとする。このように考えることにより、企業活動上の特異性と企業と法の統一性が求められるとする。

商法の対象を統一的に把握するには、商的色彩説により主張されている特殊な法的事象の本質を解明すべきと考えた結果、この本質は企業自体の法的事象（生活関係）であるとする。つまり、企業とは元来経済的概念であり、計画的継続的に営利活動（資本の拡大再生産）を行う独立の経済単位であるが、商的色彩（営利性、集団性、個性喪失、反復性等）は企業活動によるものであるから、商法の対象は企業とその法的事象であるとする。

企業説は、企業とその法的事象（生活関係）を商法の対象とし、かつ商法は企業生活に特有な法規の総体であると主張する。しかし、この説によっても、商法 501 条と商法 502 条の商行為を統一的に説明しようとした場合に、これらの商行為のみが企業の生活関係なのか（限定列举）、これらは企業の生活関係の一部なのか（模範的列举）といった問題が生ずる。もし限定列举だとすると、商法 501 条と商法 502 条の商行為は複雑かつ同義反復的すぎると批判されるし、模範的列举だとすると、商行為の範囲が不明確になりやすく、商法の適用範囲の明確化のために「企業」概念の限定が必要になる。

いずれにしても、多くの学者が説く如く、企業とは計画的かつ継続的意図をもって営利行為を営む独立の経済単位である。しかも、営利目的を有することから私益性の強い存在であり、法人としての社会参加の点から国民経済にも貢献する公益性をも有する。さらに、商法の対象としての企業は、沿革的必然的なものであると考えられる。したがって、企業の総てを商法の規制対象

とするのではなく、企業およびその活動において、私益性の観点からのみ、固有の商と補助商および類型商の行為を基準にその規制範囲を決めるべきと考える。

第2節 商法の意義

1. 実質的意義の商法

商法の対象は企業とその法的事象である⁽⁶⁾。したがって、商法は企業関係に特有な私法法規の総体であるとも言える。これが実質的意義の商法である。つまり、実質的意義の商法とは、企業の成立、活動・発展および消滅などに関する法律関係が統一的な理念によって総合的体系的に構成される特殊な法領域のことである。したがって、商法典は固より、多くの商事特別法および商慣習法など企業活動に関する多くの規律を意味する。

2. 形式的意義の商法

形式的意義の商法とは、商法典の存在に着目し、「商法」として制定された成文法たる商法典である。ただし、公法的規定は除くものと解される。

わが国の現行商法の母体は、明治32年3月9日に公布されたものであるが、これより前の明治23年にヘルマン・ロエスレル氏の手による商法典があった。しかし、この明治23年法は諸事情により完全施行がわずか一年というものであったので、明治32年法の施行により廃止された。この23年法を旧商法、32年法を新商法と呼んでいる。

商法典の大部分は私法的規定である。しかし、企業関係に特有な私法秩序の実現を目的として国家経済の観点から法律政策的ないし法技術的な意図の下に公法的な規定をも一部規定している。例えば、行政法的規定、訴訟法的規定ないし刑法的規定などがある。しかし、これらは直接的には企業にのみその適用を限定できないことから、商法典中に含まれている規定ではあるが、形式的意義の商法の範疇に含まれないものと解する⁽⁷⁾。

また、商法の各規定は、その多くが債権法的規定であるが、物権法的規定（商51・521・842以下など）もある。さらに、債権法的規定の中にも交互計算、匿名組合、共同海損、海難救助に関する規定などのように民法とは異質なもののや、会社に関する規定のように商法独自の法領域にしかないものなどがある。

このように、商法が民法に比べて独特な性格の規定を混在させるのは、商法の対象たる企業およびその活動のためである。

3. 実質的意義の商法と形式的意義の商法との関係

実質的意義の商法とは、商法として統一的に同一範疇として把握されるべき法領域であり、形式的意義の商法とは原則的には商法典である。これらは、企業生活関係を規律する点で同じであるが、前者が後者に対して内容上より広い範囲を有する。

さらに、前記した如く、形式的意義の中にある公法的規定は実質的意義の商法に属すると解する反面、元来手形法小切手法が商法典の一部であった⁽⁸⁾ことから、この扱いが問題になる。

現在、手形に関する行為は絶対的商行為、（商501④）とされ、形式的意義の商法の範疇に属する。しかし、手形法小切手法は形式的意義の商法には属さない。そこで、手形法小切手法が実質的意義の商法に属するか否かを検討する。商的色彩説は、手形法が商法の一部であったこと、および企業取引における決済手段として発生し今日も企業者に多く利用され、本質は商法と変わらないことを理由として、商法に属すると解する。他方、企業説は、手形法小切手法が広く一般にも解放されており、商法を企業関係に特有な法とする建前から、これらの法を商法から除外すべきとする。しかし、手形法小切手法の発生、目的、技術的性格は商法典の内容と共通するものが多いので、その利用が企業のみに限られないことを理由に商法に属しないと解する見解は妥当でな

い。

以上の如く、実質的意義の商法と形式的意義の商法の範囲は必ずしも一致していない部分がある。しかし、双方は密接な関係を有し、商法上不可欠の関係にある。特に、実質的意義の商法は形式的意義の商法を常に補完し、形式的意義の商法の改正に正しい指針を与えている。

第3節 商法の法的地位

現在、国家の法体系を公法と私法⁽⁹⁾に分類する基本的な考え方がある。この分類に従えば、商法の対象や性格から、商法は私法に属する。このことは、自由主義的な国家観の下で、資本主義経済が発展してきたことに由来する。つまり、国家が経済活動に関し原則として放任主義をとってきたのである。

しかし、近年は、経済社会の発展や福祉国家の実現あるいは国際取引などの関係において、弊害を生じる虞のある場合には、強行法規ないし強行規定を制定して、これを抑制している。

1. 民法との関係

(1) 民法も商法も、私有財産制を前提に成り立つ私法法規であるが、民法は一般的な私的生活関係を規律しているのに対し、商法は経済的な私的生活関係（企業生活関係）を規律している。このことから、私的生活関係において、前者を一般法とし後者を特別法と言う。

(2) 商法は、私的生活関係中、その特異性に関する部分を規定するから、民法の補充や変更をしている（例えば、商法524条以下の様な売買における若干の規定など）。さらに、商人、会社、商行為、海商などのように民法に無い制度を規定するなどから、民法に対し特別法の関係に立つものである。

また、商法はその内容が広範に亙り、かつ詳細な内容を民法に依存する部分がある（売買に関する民法555条以下など）ことから、商法の性格に関し、商法に脈絡なしとも言われる。

(3) 民法はローマ時代に体系化されたが、商法は中世に商人階級の法として発達した。

最初商法は、9世紀頃のイタリアの商業都市における商人活動の規則として発生し、イタリアのパルマの商人条例（1212年）やフランスのルイ14世の商事条例（1673年）として編纂されている。その他、中世の寺院法にも商人に関する規定が含まれている。

その後19世紀の近代国家の成立により、私法関係においては、民法典・商法典という順で整備制定されてきた。そして、商法に関しては、1807年ナポレオン商法典（仏商法典）⁽¹⁰⁾ 1861年普通ドイツ商法典⁽¹¹⁾、1897年ドイツ新商法⁽¹²⁾などが現行商法の母体と言えるものである。

(4) 民商二法統一論

もともと民法も商法もその規律の対象が、経済生活という共通分野にあるために、双方の限界は固定しづらいものである。そこで、例えば、契約自由の原則のように商法上の原則が民法にとり入れられたり、原始産業が会社形態で営まれる（民事会社）ように民法上の事象が商法にとり入れられているなどのことから、民法に商化現象がある（リーサーの主張）と考える。これらのことから、商法は民法に対し特別な関係に立つものではなく、双方を併存させるべきではないと一部の学者は主張した。これが民商二法統一論であり、これを実現したスイス債務法があるが、殆どの国では、商法の民法に対する独自性を認め、この理論に賛成していない。これは正論である。

なぜなら、民法の商化現象の原因は、商法が沿革的にも資本主義経済の維持発展に最も妥当する方法や原理を生み出したことにより、今日の一般生活に経済活動が融和していることにある。しかし、民法は本質的に商化できない身分法関係を有するし商法はその対象を企業ないし企業活動においているから、経済的観点からみても単なる消費生活関係を対象とする民法とは異なる。

したがって、社会生活や経済活動の発展により双方のそれぞれの充実はあっても、双方の対象の漸減による民商二法の統一は考えられない。

2. 労働法との関係

商法の対象を企業とその活動に求める企業説が通説となり、経済活動に占める労働者の比重が増し労働法が発展したことなどにより、商法と労働法との関係も重要な問題になってきた。

通説は、双方の関係において、全く別個の法領域であるとする。しかし、全く無関係ではないので、若干の点を検討する。

企業は、その拡大発展の為に2つの側面（従属・独立）から多くの企業補助者を有し、これらに関する規定が商法と労働法に分かれて発展してきた。

(1) 従属的補助者

これは企業へ労務を提供するために労働者が企業と雇用契約を締結するものである。従来これは、労働力を商品と看做し、民法の双務契約である雇用契約の観念で規律されてきた。つまり、この観念の下での雇用契約の締結は企業への絶対的服従を意味してきた。

しかし、労働力を商品とのみ看做し、人間の人格を考慮しないことが「基本的人権」の軽視ないし無視となり、社会関係上不公平を生じ、社会の発展に伴う法体系に適わなくなってきた。そこで、労働者の人格を前提にその生活利益の擁護という社会政策的理念に基づいて制定されたのが労働法である。固より、労働法という一つの法律が存在する訳ではなく、これは労働関係調整法（昭和21年10月13日施行）、労働基準法（多くは昭和22年9月1日施行残りを昭和22年11月1日施行）、労働組合法（昭和24年6月10日施行）、などを総称している。

さらに、従属的補助者に関して、商法は若干の規定（商37条乃至45条）を制定している。

(2) 独立的補助者

これは、取引の安全と円滑を目的に、企業者と第三者の取引関係を仲介するものである。例えば、代理商（商46条以下）、仲立営業（商543条以下）および問屋営業（商551条以下）などがある。これらは、企業ないし企業活動自体の補助行為を目的にしているので、当然に商法の対象となる。

以上から、社会政策的理念に基づいて労働者の人権および生活利益を保護するために制定されたのが労働法であり、取引の安全と円滑の確保という理念に基づいて企業ないし企業活動の為に制定されたのが商法である。他方、営業譲渡の場合の企業者承継や会社の倒産などにおける不当労働行為などのような双方に共通な問題もあるので、両者は相互に補完し合わなければならない。

3. 経済法との関係

経済法という概念は、第一次世界大戦当時、ドイツにおいて国家による経済統制すなわち統制経済が起ったことによる。しかし、現在までに、この概念についての定説はない。したがって、この内容も不明確のままである。固より、経済法という単行法は存在しない。

経済法という概念の流れを歴史的に見ると次のようである。つまり、経済が独占の段階に発展し、それが戦争惹起の一因でもあったので、この反省から、統制経済を対象とする法に独立の地位を認め、民法や商法の改正ないし補充に努めようとした。つまり、当時、民法や商法の改正が不可能に近い状態だったので、その代替効果を意図し、経済社会の改革や規制を目的として経済法が出現した。

現在、経済法という向学上の語句はあるが、その概念や内容に厳密な意味での定説はない。しかし、以下のように法の目的において商法との差はある。つまり、商法は企業の私的秩序を主として規制しているのに対して、経済法は国家経済の観点から企業の公的秩序を規制している。したがって、双方の法的規制対象の次元は異なっている。

因に経済法と称することのできる諸法律は以下の通りである。不正競争防止法(昭和10年1月1日施行)、私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律(昭和22年7月1日と7月20日に分けて施行)、証券取引法(昭和23年5月6日施行)、出資の受入れ、預り金及び金利等の取締りに関する法律(昭和29年6月23日と8月1日と10月1日の3回に分けて施行)などである。

第4節 商法の基本理念と特色

商法は、経済生活の中の企業およびその活動を対象にしているため、一般的な経済生活を規律する民法上の財産法とは、異なった特殊性を有する。この特殊性は、商法の対象である企業およびその活動から生ずるものであると同時に、立法政策上の基本的理念を反映するものであり、商法の特色を表すものである。

1. 企業組織上の特色

現在の通説は企業が経済生活の主体であるとしていること、および現実の経済活動における企業の重要性と相俟って、商法は企業の設立・維持発展の為に種々の法的措置を講じている。例えば、会社の定義・種類・法人性・設立登記(商52乃至57)や事実上の会社の認定(商136・140)、会社の継続(商95 I・97・139 II・147・406・416 I)、合社の会併(商408乃至416)などがある。さらに、各会社の個々の規定(商62以下・146以下・165以下、有限会社法の各規定)や匿名組合(商535)などもある。

その他、人的設備の拡充による企業活動の発展の為に、商業使用人(商37以下)、代理商(商46以下)、仲立人(商543以下)などの制度がある。さらに、危険分散のために、有限責任の制度(人的有限責任の規定として商157・200 Iおよび有17などがあり、物的有限責任の規定として商690・712 II・812などがある。)と保険の制度(商629以下)などがある。また、企業金融の円滑化のために各種の財団抵当、社債などに関する制度がある。

2. 企業取引上の特色

企業の目的は、原則として、営利追求を基礎とした社会参加にある。特に営利法人の営利性は、企業の本質であり、企業存続の絶対的条件である。営利追求をする企業活動には集団性・反復性・継続性・迅速性などが要求され、しかも企業活動の自由および内容の定型化が保証されていなければならない。因に、運送業・保険業・銀行業などの取引に関する諸規定は、企業活動の自由と内容の定型化を実現するものである。

例えば、本質的特色である営利性を表す規定としては、企業活動の有償性(商512・513)と商事法定利率(商514)などがあり、さらにその他の特色を表すものとして商行為の代理の非顕名主義(商504)、商事売買の効果の迅速確定(商525)、運送品または寄託物の受領権者に対する引渡効果の迅速確定(商588)、商事債権に関する短期消滅時効(商522・566・567・589・626・663・765など)、有価証券喪失における救済の迅速化(商518)などがある。

さらに、企業活動において取引の安全性が要求される。そこで、取引の安全性を実現するために、商法は公示主義→商法上の登記(商12・19・57など)および商業登記制度、外観主義→禁反言の法理(商23・26・27・28など)や包括的代理権(商38・78・261 IIIなど)、厳格主義→商人の物品保管義務(商510)や目的物の検査及び通知義務(商526)ないし、企業者責任の厳格主義例えば債務者の連帯責任(商511)や無過失責任(商192)・挙証責任の転換(商20)などを採っている。

3. 企業内外の利害対立上の特色

企業活動において、多数の当事者間での利害の対立は、当然予想できる。そこで、商法はこの対立を未然に防止する為に代理権の範囲を明確にしたり(商38 I・713)、義務を規定したり(商

25・41 I・74 I・264 など) している。さらに、利害対立が発生した場合には解決が図られるようにしている(商 41 III・48 II など)。もっとも、規定のみで技術的に解決が困難な場合には、裁判所にその具体的解決を委ねている(商 86・111 III・267 など)。

第5節 商法の傾向

法律は人間社会の基準であるから本来固定的性格を有するものである。しかし、社会の経済活動が常に動いていることと相俟って、商法は他の法律と異なり常に動かざるを得ない状況にある。このことから、商法には単なる特色を超えた一種の方向性がある。

1. 進歩的傾向

企業の本質は営利行為(利潤追求)と社会参加にある。特に、営利行為のために、企業は技術革新や経営方法の研究開拓を行っている。このため企業を核とした経済社会は、常に進歩発展している。したがって、企業とその活動を対象にしている商法も現実の妥当性を求めて進歩発展せざるをえないのである。

人間の社会生活において、身分法や不動産法関係は、その国の風俗・習慣・倫理・宗教などを基礎にして制定されるので固定的な傾向が強い。しかも、民法は一般的抽象的な原則を規定し、当事者に解釈の幅を持たせ、風俗や宗教などの相違によって無用な問題を生じないように配慮している。したがって、民法の基礎的社会規範が発展しない限り、民法も飛躍的に発展することはない。これに対し、企業は、利潤追求の為に計画を持ち、自由に活動し、あらゆる合理性を取り入れ、経済状況の変化に敏感に反応しながら活動している。したがって、経済生活の核である企業が進歩発展する限り、商法の基礎となる経済生活の諸規範も進歩発展し、たびたび商法典が改正される。

固より、商法典と雖も制定法であるため、経済生活の進歩発展に追従しえない規定を有することがある。しかし、このような場合、現実の経済生活に妥当する商慣習法が発生し、商法典の欠陥を補っている。このように、一般に商法の領域では、商慣習法や普通契約条款などが、制定法改廃に重要な資料を与えている。

さらに、現代のベンチャー企業、顧客のニーズに合った経営方法の多様化・多角化・経営規模の拡大化、および金融商品の開発と金融制度の充実などは、企業活動に機械化をもたらすなど大きな影響を与え、商法の改正に重大な誘因を与えている。

2. 世界統一的傾向

企業の目的の一つに営利追求があり、この目的は万国共通である。この営利追求は技術革新や合理的精神などの実現により成果をあげることから、各国とも風俗・習慣・倫理・宗教などに制約されることが少ない。したがって、営利追求に最良の方法や制度が発見されると、多くの国にそれが採用され易い。この点は、他の多くの法律に比し顕著な相違点である。

さらに、交通手段や通信手段が進んだ現代においては交易の量はますます増大し、国際取引を円滑に行う為にも、商法の国際化など商事に関する国際的規則の統一化が要求される。

例えば具体例として以下の法や条約などがある。他国法の継受例としては、ドイツからの有限会社法の導入や英米法導入の為の会社法の改正がある。国際的な標準約款の形成としては、共同海損に関するヨーク・アントワープ規則がある。国際的統一条約例としては、船舶衝突条約・海難救助条約・船荷証券条約、公海に関する条約、手形法小切手法の統一条約などがある。

第6節 商法の効力

企業生活に関して、商法の適用範囲を基本的事項である「対象に関して」「時に関して」「人と

場所に関して」などの面から考察することは、企業活動における商法の適用の限界を知ることであり、商法の基本的な効力を明らかにする上で重要である。

1. 対象（事物）に関しての適用範囲

商法は「商事」に関して適用される（商1）。商事とは、企業に特有な生活関係で企業自体の構成ばかりでなくその活動に関する殆どの事項を意味するものである。つまり、商事とは、商法の規定上は形式的意義の商法が対象にしている企業の生活事実に限定できそうであるが、経済社会の発展に伴う商法の発展と特別法の存在意義を考慮すると、実質的意義の商法が対象にしている企業の生活事実であると理解すべきである⁽¹³⁾。

2. 時に関しての適用範囲

(1) 後法優越の原理（新法は旧法を変更す）

法律の形式的効力⁽¹⁴⁾が同一で、しかも同種または異種の複数の法令の内容が、相互に矛盾抵触している場合は、時間的に後から制定されたものが前者に対して優越する効力を有する。例えば、この原理は、法律相互間、政令相互間あるいは条例相互間といった同種の法形式、および総理府令と省令といった異種であるが形式的効力が同一とされる法形式間の矛盾を解決するためのものである。

元来、同一順位にある複数の法規範の矛盾は、立法段階において関連法を改廃することにより解決すべきである。しかし、法は社会的ないし政治経済的基盤の上に成立し、その基盤の変遷と共に発展するものであるから、立法段階でこの矛盾点を皆無にすることは困難である。さらに、国の法秩序は全体的に統一され矛盾点の無いものでなければならない。以上の点において、この原理の存在価値がある。

(2) 特別法優先の原理（一般的新法は特別旧法を変更せず）

ある事柄について、一般的に規定した法令と適用内容・人・場所などを限定した特別な意味を有する法令とが有効に併存する場合、後法優越の原理の例外として、特別法が優先して適用される。なお、一般法と特別法は絶対的な分類ではなく、内容その他に関する相対的区別である。例えば、商法は、民法に対して特別法であるが、証券取引法や銀行法に対しては一般法である。

商法上時に関する適用範囲に関して、政治的な影響を受けたたびたび改正される国際取引法との関係が問題になる。そこで、最初、商法施行法一条は不遡及の原則（旧法の適用）を採用し、法的安全性と既得権尊重の立場を堅持した。

しかし、その後、法が社会的ないし政治的経済的基盤と共に発展するものであることを考慮し、商法中改正法律施行法は、新法に社会に対するより一層の合理的妥当性を認め、遡及効（新法の適用）を認めている。ただ、法的安全性と既得権尊重の立場から、遡及効を認めるが、旧法によって生じた効力を妨げないとしている（商改施2）。

3. 人および場所に関しての適用範囲

法を適用する場合、その者の国籍地の法を適用すべきとする考え方を属人主義といい、その者が居住する国の法律を適用すべきとする考え方を属地主義という。

商法の適用に関しては、原則として、主権の及ぶ日本領土全域にいる者に適用される。つまり、属地主義による。しかし、人の能力に関しては本質的に属人主義が採られているので（法例3Ⅰ）、この例外との関係上、日本国民に外国法が適用されたり、領土外で外国人に日本の商法を適用される場合がある（法例3Ⅱ、手88、小76）。

今後、各国間の商取引がますます増加することを考えれば、国際商事法ないし国際取引法の一層の拡充発展が望まれる。

第二章 商法の法源

法源といった場合、主として法がいかなる形で存在するか（法の存在形式）と法が何故に法として妥当するか（法の存在意義）の2側面を有する。ここでは、後者は法哲学の分野に譲るとして、前者のみに関して論述する。特に、商法の法源といった場合、実質的意義の商法を構成する法規範の存在と内容とを知ることであり、各々の法規範の形式的効力（優劣）を知ることでもある。

第1節 商法の法源の種類

1. 商事制定法

商事制定法とは、原則として商事に関する諸規範の中で国家が成文の形式で制定した法律である。

今、商法が対象とする企業とその活動について考える場合、企業自体がその目的・名称・規模および構成員の責任の形態などを明確にすることにより企業活動を安全かつ敏速に行うことができる。さらに、企業活動に関しては、営利内容を有し、反復性・集団性・継続性など多くの特色を有する。これらは、法的側面から見た場合、技術的であり動的性格を有する。この為、企業取引においては多分に紛争を惹起し易い状況にあると言える。

したがって、商事に関する法規範については、紛争の未然防止および問題解決のためにその内容の明確性が要求される。この要求に答えるには、制定法形式が最も効果的であることは周知の事実である。そこで、英米法系の不文法国でさえも商事に関しては、制定法の形式が採られている。

ただ、制定法は一度制定されると固定的な性格を有するので、不断に変化する企業社会との間にギャップを生じやすい。したがって、常に、企業社会への現実的妥当性を求めて時宜に適した改正が行えるような配慮を有することが肝要である。

(1) 商法典

①旧商法

わが国において、近代的商法典が作成されたのは明治23年である。これを旧商法という。この商法典はドイツ人のヘルマン・ロエースレル（Hermann Roesler）氏が明治14年に起草し、法律取調会にて修正を加えられ元老院の可決を経たものであった。しかし、この法典に対し、外国法の模倣が強く日本古来の慣習を無視しているといった非難が起り、修正の為に何度も実施が延期された。この間、明治政府は太政官布告によって実務処理をしてきたが、外国との通商が頻繁となり欧米の商取引に関する諸制度を採り入れた商法典の必要性を痛感するに至り、とりあえずこの法典の会社法、手形法、破産法に関する諸規定を明治26年から施行した。この間も日本の慣習に合う商法典の編纂作業は継続していたが、具体案を得るに至らなかったため明治31年には、この商法典（構成は第一編商総則、第二編海商、第三編破産の計1064条であった）を全面的に施行した。

②新商法

明治31年の旧商法の全面施行に刺激され、明治32年になって漸く改正案が完成し、明治32年6月16日より施行された。これが新商法と称されるもので、現行商法の母体である。

この新商法は、法典調査会の梅謙次郎、岡野敬次郎および田部 芳の三氏を中心に起草され、第一編総則、第二編会社、第三編商行為、第四編手形、第5編海商の計五編から成り、ドイツ旧

商法を模範にしたものであった。

新商法は、全般的な規定の不備の補完、日露戦争後の会社設立熱の高揚における株式会社制度の濫用取締りおよび海難救助に関する統一条約への加盟などから、明治44年になって、200余条の改正を行った。しかし、商事生活の著しい発展に対しては、これとても最小限度の補修的効果しかなかった。

後、手形に関するジュネーブ条約に基づいて手形編の改正を企図し、手形法（昭7法20）と小切手法（昭8法57）はそれぞれ単行法として昭和9年1月1日から施行された。この結果、商法第四編手形は廃止された。

③昭和13年改正

さらに、昭和13年になって、時代の進化に伴う規定の不備が顕著になったことはもちろんであるが、株式会社に関する経済構造の変革に伴う新制度の必要性、脱法手段の発達および国際協調の必要性などの点から、会社制度の悪用者に対する取締りの為に約250条の条文を増加する大改正を行った。これは明治32年に現行法の母体が制定されて以来の大改正であった。主な改正点は、不正の目的を有する商号選定の禁止、財産引受・事後設立、預合の禁上、貸借対照表の記載方法、転換社債の発行などに関する規定の新設、および営業譲渡における責任の明確化や会社成立の時期などがある⁽¹⁵⁾。

さらに、昭和13年には有限会社法の公布があり、昭和15年1月1日から施行されている。

④昭和25年改正（昭和26年7月1日施行）

次に、第2次世界大戦の終結を契機として、英米法思想を大量に導入したために、昭和25年になって新立法に等しい量の大改正を行った。わが国の商法は、従来ドイツ法乃至フランス法といった大陸法の影響が強かったが、第二次世界大戦の敗戦とその後の経済復興との関係で英米法上の諸制度の導入が要請されたのである。主な改正点は、株金払込に関する全額払込主義の採用（昭23改正）、授權資本制度の導入、無額面株式制度の採用、取締役会制度の導入および新株発行に関する規定の新設などがある。

さらに、昭和30年に株主以外の者に新株引受権を与える場合には株主総会における其の理由開示と特別決議を要する旨などの改正がなされている。

⑤昭和37年改正

昭和24年に経済安定本部から企業会計制度対策調査会中間報告が公表され、我が国の経済再建上当面の課題として外資の導入、企業の合理化、課税の公正化、証券投資の民主化、産業金融の適正化などが指摘され、これらの解決の為に損益法を基礎にした企業会計原則の設定が要請された。これを受けて、昭和25年の商法改正においては、企業会計原則の趣旨が相当程度反映されるに至った⁽¹⁶⁾が、まだまだ財産法に基づく商法上の規定は多かった。反対に実務では、第二次大戦後はアメリカ経済の影響が強く、当時の会計理論および会計慣行は、損益法を基礎にするものであった。

そこで、先行していた企業会計原則と商法との調和を図る為に、株式会社の計算規定を財産法から損益法に変更したのである。

⑥昭和41年改正

昭和25年、30年、37年と株式会社法の部分的改正を重ねてきたため、会社法の全面的改正を怠って部分的改正を重ねるのは好ましくないという批判が起った。しかし、当時まだ全面的改正に着手できる基盤はなかったし、現実の社会で発生する諸問題を早急に解決する必要があった。そこで、各方面から出された緊急改正要望をまとめて今日の改正とした。その結果、この改正は中心テーマを持たないバラバラな部分的改正の集積となっている⁽¹⁷⁾。

実務上の要求の主なものは、会社運営の安定化、株式譲渡手続の合理化、資金調達の容易化などであった。これを受けて、定款による株式の譲渡制限(商 204 I)、株式の譲渡方法の簡易化(商 205)、額面・無額面株式の相互転換(商 213)、株券の不所持制度(商 226 の 2)、議決権の不統一行使(商 239 の 2)、新株発行手続(商 280 の 2 I・II)などが改正された。

⑦昭和 49 年改正⁽¹⁸⁾

昭和 39 年から昭和 40 年にかけて、上場大会社の粉飾決算とこれに基づく倒産が相次いで顕在化した。これを契機として、監査制度の無機能化が指摘批判された。しかも、この批判は、単なる商法上の監査にのみとどまらず、証券取引法上の公認会計士の監査にも及ぶものであった。

そこで、監査役監査の強化と商法と証取法の監査制度の調整およびその他の付随事項の改正を目的に改正が行われた。

監査制度の強化に関する主な改正点は以下の通りである。

大会社(資本金 5 億円以上)の株式会社の場合、監査役は会計監査権と業務監査権とを有する。さらに、会計監査人(公認会計士または監査法人)による会計監査が必要である。中会社(資本金 1 億円超 5 億円未満)の株式会社の場合、監査役は会計監査権と業務監査権とを有する。しかし、会計監査人による会計監査を不要とする。小会社(資本金 1 億円以下)の株式会社の場合、監査役は会計監査権のみを有する。会計監査人の会計監査は不要とする。換言すれば、大会社には会計監査人の制度を導入し、大・中会社の監査役には会計監査権だけでなく、業務監査権をも付与した。そして、小会社の監査役は会計監査権のみとした。この為、監査特例法(株式会社の監査等に関する商法の特例に関する法律)を制定した。

その他、付随して改正された主な項目は以下の通りである。中間配当制度の充実(商 293 の 5)、累積投票制度の定款による絶対的排除(商 256 の 3 I)、準備金の資本組入による有償無償の抱合せ増資(商 280 の 9 の 2)、転換社債の発行を原則的には取締役会の決議事項とした(商 341 の 2 II)、商業帳簿の作成原則を財産法から損益法へ変更(商 32・33)、休眠会社の整理(商 406 の 3)。

⑧昭和 57 年改正⁽¹⁹⁾

近時の経済情勢や会社運営の実態を考えた場合、各界から株式の額面が 50 円や 500 円で関係規定制定当時と現実とではその価値が遊離していること、および総会屋が跋扈し株主総会の正常な運営を妨げ総会の形骸化をもたらしたことなどの共通認識が得られた。

そこで、株式会社の自主的監視機能の充実ないし強化(株式制度の合理化、株主総会の活性化、取締役会での集団的意思決定の強化、監査役や会計監査人による監査体制の充実、ディスクロージャー制度の充実など)をすることにより、ワンマン経営や会社自らの不正な行動の制止といった会社運営の適正化を目的に大改正が行われた。

主な項目は以下の通りである。単位株制度の導入などによる株式制度の充実(商 166 II・168 の 3・210・211 の 2・293 の 3 の 3、附則 15~21 など)、株主総会の健全化(商 232 の 2・237 の 3・237 の 4・239 VIVII、特例法 21 の 2・21 の 3・商 294 の 2・497 など)、取締役の資格他(商 254 の 2・264 I II・265 I III・266 I ②など)、取締役会の権限充実(商 260)、監査制度の強化(商 280 I・274 II・260 の 3 II・279 III、特例法 18 など)、企業内容の開示(商 282、特例法 15 など)、新株引受権付社債=bond with purchase warrants=の導入(商 341 の 8)など。

(2) 商事特別法

商事特別法は、実質的意義の商法の根拠をなすものであり、2 種類がある。

①商法の付属法

これは、商法の存在を前提とし、商法に付属して商法の施行や特定事項の細則を制定するなど、

商法のスムーズな運用を目的にした法律である。

例えば、商法施行法（明 32 法 49）、商法中改正法律施行法（昭 13 法 73）、商法の一部を改正する法律施行法（昭 26 法 210）、商法中署名スヘキ場合ニ関スル法律（明 33 法 17）、商法特例法（昭 49 法 22）などがある。

②商法とは独立した単行法

これは、企業とその活動（商事）に関し、特定な分野の法律行為を網羅したもので、内容的には商法典の規定に補充または変更を加えたものである。したがって、商法を一般法とすれば、これらの単行法はその規定された特定な分野に関しては特別法といえるものである。

例えば、有限会社法（昭 13 法 74）、商業登記法（昭 38 法 125）、手形法（昭 7 法 20）、小切手法（昭 8 法 57）、独禁法（昭 22 法 54）、証券取引法（昭 23 法 25）、会社更生法（昭 27 法 172）など、大変多い。

(3) 商事関係条約

条約の法的地位に関しては法の形式的効力⁽²⁰⁾の項で説明したごとく学説上争いがある。しかし、商事に関する条約で、直接締約国の国民相互間の法律関係を規律する内容のものは、その批准公布によって、法的効力を生ずることになることについて異論はない。したがって、このような商事関係条約は、特別法と同様な法的性格を有し、商法の法源となりうる。例えば、船舶衝突についての規定の統一に関する条約（大 3 条 1）、海難救助についての規定の統一に関する条約（大 3 条 2）、商号に関して規定している工業所有権の保護に関するパリ条約（昭 50 条 2）、特許協力条約（昭 53 条 13）、民事又は商事に関する文書の送達及び告知条約（昭 45 条 7）、国際航空運送についての規則の統一に関する条約（昭 28 条 17）など多数ある。

2. 商事自治法

近代資本主義体制を育成し発展させたのはレッセ・フェールの自由放任思想で、この思想の法的表現が私的自治の原則である。これによると、取引については国家権力が介入したり干渉すべきではないとする。すなわち、国民は各々自己の利害については最も確実な判断者であるから、国民相互の経済的な活動はこれを国民自身の自由に任せるのが最も合理的かつ合目的であって、これに国家が介入したり干渉したりすれば、かえって国民の創意をそぎその活動を萎縮させて、産業の発展を阻害することになる⁽²¹⁾。しかし、歴史的に見て、経済における自由放任は、資本主義の育成に貢献したが、それが過度にわたると資本の独占を助長し、社会に矛盾と対立をもたらした。このことから、私的自治の原則に対しては、独占の禁止など社会的国家的立場からの制約を伴うものである。

以上から、商事自治法は、自由経済の原則を淵源とする近代市民法の底流にある私的自治の原則が具体化されたものである。しかし、その法的効果は、当然に社会的国家的制約を受けることから、原則として強行法の範囲内でのみ有効と考える。

(1) 定款

会社その他の企業が、企業の構成および構成員に関して諸法律に基づき自主的に制定する法規範である。定款は単なる契約書と異なり、諸法律⁽²²⁾に基づいて作成されるものであり、しかもその作成は法人格取得の前提条件となっている。つまり、社団法人の設立やその後の活動に関係する者は、本人の意思とは無関係に定款の拘束を受ける。したがって、定款には普遍性があると言えるので、商法の法源に加えられる。

(2) 各種の業務約款

業務約款とは、企業者が取引の簡易化と合理化の目的のために制定する法規範である。例えば、普通保険約款、銀行預金約款、運送約款、倉庫寄託約款、証券取引所の業務規程などがある。

業務約款は、強行法に反しえないという意味では定款と同様である。そして、これは企業者が大量の画一的取引を簡易かつ合理的に処理するために利用するものである。したがって、企業者と取引相手のみに拘束力を有するものであり、私的生活の総ての一般的取引に適用を主張するだけの法的基礎はない。

さらに、取引が約款によって行われた場合、「その取引は約款による」という慣習法または事実たる慣習が存することにより、これに基づいて行われたとも考えられる。この場合、表面的には個々の取引が約款により履行された感じを呈するが実態は慣習に基づいて履行されたのである。すなわち、約款自体に法的効力があつた訳ではないのである。

とくに、業務約款に関し、各企業者の意思を統一した基準が作成され、一般的に承認されない限り、法的普遍性は与えられないであろう。

以上から、各種の業務約款は商法の法源に数えられない。

3. 商慣習法

商法の対象は企業生活関係であり、この企業生活関係はその目的を追求する為に絶えず発展している。この動的な法律関係を規律する為に商法典と多数の特別法が制定されている。しかし、企業生活関係が不断に進化発展するものであるから、いくら条文を整備しても制定法で総てを完全に規制することはできない。そこで、先行する企業生活関係と制定法との間隙を埋めるのが、企業関係あるいは商事に関する慣習法である。

商慣習法とは、企業生活関係あるいは商事に関する慣習法である。これは不文法であつて、当事者の意思解釈の資料である事実たる商慣習とは異なる。事実たる商慣習とは、一般社会人の法的確信にまで普遍化されていない商慣習をいう。公の秩序以外に関する商慣習は法律行為の解釈の基準になりうる(民92)。つまり、公の秩序以外に関する法律行為の解釈において、当事者が事実たる商慣習を排斥する意思を表示しない限り、その商慣習が解釈の基準になるのである。形式上、商慣習法の効力が事実たる商慣習に優先するが、双方の区別に困難性もあり、また共に任意規定に優先する解釈基準である(法例2、民92)ことから、現実には両者を区別する実益は乏しいと解される。

慣習法に制定法を改廃する効力を認めるべきであるか否かにつき学説上争いがある。しかし、法の制定には、事実の明確な処理、社会的妥当性および合理性など社会の普遍的要求がある。さらに、制定当時の経済社会の法的慣習ないし慣習法などはその立法理念や立法目的に照して十分考慮されかつ反映されるのが常である。したがって、商慣習法に制定法の不足部分やその乖離した部分の補充的効力を認めるべきであるが、制定法に対する改廃的効力は認めるべきでない。

因に、法例第2条(慣習法)は、「公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反セサル慣習ハ法令ノ規定ニ依リテ認メタルモノ及ヒ法令ニ規定ナキ事項ニ関スルモノニ限り法律ト同一ノ効力ヲ有ス」と規定している。つまり、強行法に反しない慣習は法令によって認めたものか法令に無い事項にのみ法的効力を有すると規定している。すなわち、法例は慣習法に制定法への補充的効力を認めるが、原則としてその改廃的効力を認めていないのである。ただ、企業生活関係すなわち商事に関しては、例外として、制定法である民法より非制定法である商慣習法に合理的妥当性を認め優先適用を規定している(商1)。つまり、商法第一条は、慣習法に制定法の改廃的効力を認めた例外的規定である。

4. その他の法源

(1) 条理

条理とは、一般には「理性に基づく判断基準」または「自然の理としての常識」と解されている。条理が法的判断基準として価値を認められたのは、明治8年の太政官布告第103号裁判事務

心得第三条「民事ノ裁判ニ成文ノ法律ナキモノハ習慣ニ依リ習慣ナキモノハ条理ヲ推考シテ裁判スヘシ」による。これは社会改革により、時代に合致した制定法もまだなく、慣習法も判例法も無い場合を想定して規定したものである。

しかし、条理が法解釈の指導理念として価値を有するにしても、罪刑法定主義の理念を大前提とする現在の法体系においては、これを制定法や慣習法と同列には論じられない。つまり、条理の本質からみて、これは商法の法源に加えられない。

(2) 学説

学説とは、各々の事項ないし分野においてそれぞれを専門に研究している人の意見ないし理論である。商事に関しても、各事項につき多くの学説があり、これらに法源性を認めるか否かについて争いがある。

学説の中で、ある程度確定し、社会的妥当性を有するものは、裁判においても一種の判断基準となり、裁判官への権威を有するので社会において規範性を有すると言える。したがって、社会的妥当性を有し、ある程度確定した学説は法源に加えられる。

(3) 判例法

同一又は類似の事件や争点について繰り返される判決を判例又は判決例という。不文法国では多くの場合、判例は法的拘束力を有するので重要な法源としている。しかし、成文法国では、原則として制定法に法的効力を認めること、および立法と司法とが三権分立の思想により区別されていることなどから、判例法の法源性については争いがある。

否定説は、裁判所は法の適用のみで法を創る権限を有しないこと、ましてや裁判官に立法権がないこと、あるいは判例に反したからと言って直に違法性を有するとは限らないことなどを論拠としている。

しかし、裁判所が具体的な事件で一定の判決を出すと、以後の同一又は類似の事件において、下級審は上級審の判例に従って判決を出す場合が多い。つまり、判決に関し事実上の拘束から裁判上の慣例となり、社会的に遵守されて、同趣旨の事件に対する慣習法としての効力を有する場合がある。したがって、私見によれば、最高裁判所で確定し、社会的に承認された判決は、社会的に妥当性を有する学説と同様に法源に加えるべきであると解する。これに対し、多数説は、最高裁判所の判例が下級審に有する拘束力を判例法としての拘束力ではなく、審級制度に基づく拘束力であるとして、判例の法源性を否定する。現実の紛争において、最高裁判所の判決は、単に下級審にのみ影響を与えるだけでなく、社会生活にも多大の影響を与えることを考えると、審級制度に基づく拘束力以外の効力も付加されていると考えるべきであるから、多数説の見解は首肯できない。

第2節 商事適用法規とその適用順

1. 商事に適用される法規

商法一条は「商事ニ関シ本法ニ規定ナキモノニ付テハ商慣習法ヲ適用シ商慣習法ナキトキハ民法ヲ適用ス」と規定し、商事に関する適用法規を規定している。つまり、商事に関しては原則として商法を適用すべきとしている。あるいは、原則として商法典の規律する総ての事項が商法上の商事であるとする。そして、商法典にない事項については、補充的に商慣習法や民法典を適用する。

ここで、商事に関し民法典を適用するのは、法典編纂の関係上、民法に規定された一般原則（例えば権利能力・法人・法律行為など）の規定については、商法典で重複規定を回避する為に、これを商事にも適用するという意味である。したがって、民法を商法の法源に加えるという意味で

はない。特に、商法は、企業生活関係を規律する法領域にあり、民法とはその対象を異にすると一般に解されているので、民法は商法の法源に加えられない。

2. 法規適用の順序

商法一条は、商事に関し商法・商慣習法・民法を適用する旨規定している。つまり、商事制定法を第一に適用することから、商事制定法間の適用順を考えると、第一に商事自治法、第二に商事特別法、第三に商事関係条約、第四に商法典の順序となる。

次に、商法典と商慣習法との関係については、商法一条により「本法ニ規定ナキモノニ付テハ商慣習法ヲ適用シ」となっていることから、商慣習法が商法典の後順位に適用される。商慣習法の効力については制定法である商法典の補充的効力が認められるだけである（法例2）。

さらに、商慣習と民法との関係については、商法一条に「商慣習法ナキトキハ民法ヲ適用ス」と規定されていることから、商慣習法が民法に優先して適用される。これは、商慣習法である不文法に成文法である民法を改廃する効力を認めている。つまり、法例二条の例外である。したがって、民法の規定の有無に関係なく、商事に関し商慣習法がある時はこれが民法に優先して適用されるのである。

以上を総合して、商事に関する適用法規を順に整理すると以下の通りである。

①商事自治法 ②商事特別法 ③商事関係条約 ④商法典 ⑤商慣習法 ⑥民事特別法 ⑦民法典 ⑧民事慣習法

ただ少数説の中に商事関係条約については、条約の法的地位により商事特別法よりも優位におく学説がある。

注

- (1) 1212年のイタリアのパルマの商人条例や中世の寺院法においては、財貨の転換を業とする者が出現した為に、経済的意義の商が商法の対象とされた。
- (2) 松本「商法解釈の諸問題」38頁。
- (3) ピューリタン革命（1642年）、名誉革命（1688年）、アメリカ独立革命（1776年）、フランス革命（1789年）など。これらの思想的背景になったのが、ロック（Joh Locke 1632～1704）やルソー（Jean Jacques Rousseau 1712～1778）の自然権や社会契約（説）であり、メイン（Sir Henry Janes Sumner Maine 1822～1888）の「身分から契約へ」（古代法）の考え方である。
- (4) 松本、前掲書39頁。
- (5) 田中「商法総則概論」40頁以下。
- (6) もともと、法が対象とするものは人間の行為であり、商法も人間の生活関係を規制の対象にしている。ところが、現代では営利活動の主体が単なる人から企業（組織）へ変わったと主張されるために、商法の対象は企業の生活関係である法的事象にあると考えられている。
- (7) 大隅・大森「商法概説(1)」4頁。実質的意義における商法は、私法の一部門として私法法規のみから成ると解するのが伝統的な考え方であった。しかし、近時においては、企業関係に特有な公法法規をも、なんらかの範囲で実質的意義の商法に含めるものが多い。ことに、商法典に含まれている公法法規（訴訟法・刑法・行政法）については、通説はこれを実質的意義の商法に属すると解する。
- (8) 手形法小切手法は、明治23年の旧商法では第12章中に699条から823条まで規定されていた。さらに、明治32年の新商法においては第4編として規定されていたが、昭和9年に各々単行法として独立したために、商法から削除された。
- (9) 公法と私法の分類に関しては、分類基準により以下の考え方がある。(1)利益説——法律が保護する利益を基準に分類する方法で、公益を保護する法律が公法であり、私益を保護するのが私法である。(2)権力説——法律への国家権力の介入度を基準にする分類で、主として権力関係を規律するのが公法で、対等関係を規律するのが私法である。(3)主体説——国家と国民の関係度合を基準に分類する考え方で、国家や公共団体と国民との関

係および国家機関相互の関係を規律するのが公法である。その他、区別不必要説もある。公法私法の厳密な区別は、時代や国の法律組織により異なるものであり、分類に関し定説はないが、一般に利益・権力・国民などの関係から、各々の法律を公法と私法に区別している。

- (10) 大野「フランス会社法」早大フランス商法研究会編 25 頁。
- (11) 服部「概観ドイツ法」鈴木・五十嵐・村上編 120 頁。
- (12) 鳥賀陽「独逸商法(1)」現代外国法典叢書
- (13) 田中（耕）、前掲書 183・184 頁。多数の学者は形式的に商事とは商法に依って規律せらるべき事項と解している。ただ、実質的には商的色彩を有する法律上の事項であると認むるとも、形式的には多数説の表現を妥当な語句としている。
- (14) 林「法令解釈の常識」158 頁以下。各種類の法令間には、憲法が最上位で法律がこれに次ぐというように形式的効力において上下の差がある。通説は、最高裁判所規則や議院規則は、反対説があるものの、法律を上位と解している（参考、憲 77 条 1 項により最高裁判所規則の所管事項に関しては、法律に優位するという考え方もとれる。議院規則に関しては明治憲 51 条に必要な諸規則の制定権が付与されていた。）。
- さらに、条約と憲法との関係については、憲 98 条 1 項および憲 81 条は条約を意識的に規定しないで、憲 98 条 2 項で条約の遵守義務を規定している。このことから、憲法に対する条約の優位性が考えられる（条約優位説が多数説）。しかし、条約には多くの性格があるので、①確立された国際法規を成文化した条約（ウィーン条約や公海条約など）②国家の存亡に関し已を得ない条約（ポツダム宣言受諾の降伏文書や平和条約など）は条約が憲法に優越すると考えられるが、条約の締結手続と憲法の改正手続とを比較した場合双方に相当の難易差があるので、条約であっても内容的に①や②に該当しないものは、憲法に優越しないと考えるべきである。
- (15) 司法省民事局編纂「商法中改正法律案理由書」2 頁～5 頁。
- (16) 同文館「企業会計諸則集」9 頁・11 頁。
- (17) 鈴木「商法とともに歩む」376 頁。
- (18) 山一証券経済研究所「新商法解説」（同文館）、居林「改正商法で会社はこう変わる」（日刊工業新聞社）、鯨島「改正商法」（学陽書房）など。
- (19) 稲葉「改正会社法」（金融財政）、小山・窪内・遠藤「改正商法の実務解説」（商事法務）、北島「わかりやすい改正商法の実務ポイント」（中央経済社）、濱崎「わかりやすい改正会社法の解説」（ぎょうせい）。
- (20) 条約と国内法との効力関係（法的地位）については、脚注 14 で説明した。
- (21) 末川「民事法学辞典上」795 頁。
- (22) 定款の作成に関しては民 37、商 62・63・148・166、有限 5・6 などの規定がある。